

# JURISPRUDENTIE

## HOF VAN JUSTITIE

### 195 Zaak C-557/12, Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG

Arrest van 5 juni 2014 (Vijfde kamer); conclusie van A-G J. Kokott van 30 januari 2014

*Artikel 101 VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) – Privaatrechtelijke handhaving – Schadevergoeding van afnemer van kartelbuitenstaander tegen karteldeelnemers vanwege te hoge prijzen (umbrella pricing) – Causaal verband – Beperking procedurele autonomie*

#### Inleiding

Het kartel tussen de lift- en roltrapgiganten Kone, Schindler, ThyssenKrupp en Otis houdt de gemoeieren in mededingingsland al een tijdje bezig. In 2004 kwam het 'lifttenkartel' aan het licht, en reeds in 2007 legde de Europese Commissie een boete op aan de producenten van meer dan € 990 miljoen.<sup>1</sup> Deze fikse boetes bleven in beroep grotendeels gehandhaafd.<sup>2</sup> Na een prejudiciële vraag of de Europese Commissie (Commissie) namens de Unie bevoegd is een schadevergoedingsactie in te stellen,<sup>3</sup> ligt het lifttenkartel nogmaals voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) in de vorm van een prejudiciële vraag, gesteld door het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof. In Oostenrijk is het kartel namelijk eveneens beboet,<sup>4</sup> en zijn er schadevergoedingsacties gestart door gedupeerden. Enkele van deze gedupeerden hebben geen contractuele relatie gehad met de karteldeelnemers, maar stellen wel schade te hebben geleden van door het kartel verhoogde prijzen in de markt – oftewel: schade veroorzaakt door umbrella pricing. Van umbrella pricing wordt gesproken wanneer ondernemingen die niet aan het kartel deelnemen, oftewel de kartelbuitenstaanders 'onder de paraplu van het kartel' als gevolg van de prijsafspraken van de karteldeelnemers een hogere prijs – bewust of onbewust – voor hun eigen producten berekenen dan zij onder normale mededingingsvoorwaarden zouden hebben gedaan.

In deze annotatie zal allereerst kort het feitencomplex van het lifttenkartel en de onderhavige zaak uiteen worden gezet, waarna de

redenering van het Hof en de A-G aan bod komt. Na een korte schets van de juridische problematiek zullen er twee vragen behandeld worden. Ten eerste: onder welke voorwaarden afnemers van de kartelbuitenstaanders de karteldeelnemers aansprakelijk kunnen stellen voor schade veroorzaakt door umbrella pricing. Ten tweede: hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de procedurele autonomie van de lidstaten met betrekking tot de vaststelling van regels omtrent schadevergoeding. Tot slot wordt er kort ingegaan op het richtlijnvoorstel van de Commissie omtrent schadevergoedingsacties en volgen er enkele afsluitende opmerkingen met betrekking tot de uitspraak van het Hof.

#### Feiten

##### *Het 'lifttenkartel' en de schadevergoedingszaak*

Het lifttenkartel betreft een kartelafspraken tussen producenten van liften en roltrappen die bijna 25 jaar heeft bestaan. De hierboven genoemde producenten<sup>5</sup> maakten afspraken over de prijs en de verdeling van de markt vanaf de jaren 80 tot aan 2004. Deze afspraken zagen met name op bid-rigging: het verdelen van de markt door middel van het manipuleren van aanbestedingen en contractbiedingen, tegen prijzen die onder normale omstandigheden niet mogelijk waren geweest. Hoewel het kartel niet altijd naar behoren functioneerde – soms werden er biedingen gedaan onder de afgesproken prijs, of ging een kartelbuitenstaander er met het contract vandoor – wordt er door de Commissie geschat dat het kartel meer dan de helft van het marktvolume besloeg. De betrokken producenten zouden er op die manier in zijn geslaagd om jarenlang de marktprijzen voor liften, roltrappen en servicecontracten kunstmatig hoog te houden. Het lifttenkartel werd derhalve, zowel in termen van duur als met betrekking tot de inhoud van de afspraken, als zeer ernstig gekwalificeerd. Dat het kartel tot 2004 heeft geduurd is niet toevallig, aangezien dit het jaar is waarin het kartel aan het licht kwam. In 2003 werd de Europese Commissie namelijk benaderd door een informant, waarna de betrokken grote producenten snel overgingen tot aanvraag van clementie in verschillende EU-lidstaten. In 2007 werd het boetesbesluit gepubliceerd, waarin de Commissie boetes oplegde voor het bestaan van het kartel in Nederland, België, Luxemburg en Duitsland.

De Commissie deed evenwel geen onderzoek naar het kartel in Oostenrijk, vandaar dat de Oostenrijkse federale mededingingsautoriteit en het Kartellgericht zelf een boete hebben opgelegd aan de liftproducenten.<sup>6</sup>

Het is goed voor te stellen dat veel afnemers van karteldeelnemers zijn geraakt door de hoge marktprijzen als gevolg van het lifttenkartel. De eiser van schadevergoeding in de Oostenrijkse procedure, ÖBB Infrastruktur AG (ÖBB) is een dochteronderneming van de Oostenrijkse staatsspoorwegen. Dit is een belangrijke afnemer op de markt voor liften en roltrappen. ÖBB bestelde deze producten niet bij de deelnemers van het liftkartel, maar bij derde partijen, de zogenaamde kartelbuitenstaanders. Toch meent ÖBB schade te hebben geleden door het kartel, omdat de kartelbuitenstaanders in het kielzog van het kartel te hoge prijzen zouden hebben berekend aan hun afnemers (umbrella pricing). ÖBB stelt hiervoor de liftproducenten die wel aan het kartel deelnamen aansprakelijk. De Oostenrijkse rechter oordeelt dat de geleden schade te ver van het kartel afstaat om te kunnen spreken van causaal verband.<sup>7</sup> Onder Oostenrijks recht wordt umbrella pricing dus categorisch uitgesloten. In hoger beroep twijfelt het Oberste Gerichtshof of een dergelijke uitleg de juiste is met het oog op het Europees recht en stelt daarom een prejudiciële vraag.<sup>8</sup>

#### Arrest

##### *Het oordeel van het Hof in vogelvlucht*

A-G Kokott signaleert in haar conclusie bij de zaak dat de uitspraak van het Hof richtinggevend zal zijn voor de ontwikkeling van civiele handhaving van Europees mededingingsrecht.<sup>9</sup> Dit is de eerste keer dat het Hof zich uitsprekt over umbrella pricing en daarmee expliciet in kan gaan op de reikwijdte van de schadevergoedingsleer in het mededingingsrecht. In de zin van 'richting geven' stelt de uitspraak dan ook zeker niet teleur, alhoewel de uitwerking van het Hof wat onduidelijk blijft. Het Hof oordeelt dat een categorische uitsluiting van umbrella pricing niet mogelijk is en geeft aan wanneer er in dergelijke gevallen schade door afnemers kan worden gevorderd.

Hiertoe herhaalt het Hof allereerst de vaste jurisprudentie dat het nuttig effect van het kartelverbod ertoe noopt dat eenieder vergoeding zou moeten kunnen vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging beperkt of vervalst.<sup>10</sup> Hoe dit recht tot schadevergoeding kan worden uitgeoefend is, bij gebrek aan Europeesrechtelijke regels, een aangelegenheid voor de interne rechtsorde, mits de volle werking van de Europese mededingingsregels wordt gegarandeerd.<sup>11</sup> Het Hof oordeelt dat de Oostenrijkse situatie – waarin het slagen van een schadevergoedingsvordering afhankelijk wordt gemaakt van een direct causaal verband zonder de concrete omstandigheden van het geval in acht te nemen – afbreuk doet aan de volle werking van het mededingingsrecht.<sup>12</sup> Volgens het Hof moeten gedupeerden van umbrella pricing schadevergoeding kunnen vorderen wanneer het kartel ertoe geleid heeft dat kartelbuitenstaanders een umbrella price toepasten, en de karteldeelnemers hier niet onkundig van hadden kunnen zijn.<sup>13</sup>

Hoewel het Hof er aanzienlijk minder woorden voor nodig heeft, strookt zijn oordeel wel met de eerdere conclusie van A-G Kokott. Ook zij meent dat het de volle werking van het Europees mededingingsrecht zou ondermijnen indien bepaalde vormen van schadevergoeding op nationaal niveau categorisch zouden worden uitgesloten. Bovendien zoekt zij aansluiting bij het causaliteitsvereiste van de non-contractuele aansprakelijkheid van Unie-instellingen en oordeelt dat een schadevergoeding voor umbrella pricing in dit geval voorzienbaar was en overeenkomt met het doel van de mededingingsregels.<sup>14</sup>

#### Schadevergoeding in het mededingingsrecht: een korte achtergrond

Wat schadevergoeding in het mededingingsrecht betreft is het vaste rechtspraak dat gedupeerden van kartelinbreuken het recht hebben om gecompenseerd te worden voor de schade die ze hebben geleden door een kartel. Het Hof oordeelde in *Courage & Crehan* dat, in beginsel, eenieder vergoeding kan vorderen van schade die hem is berokkend door overtreding van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU).<sup>15</sup> Het is aan de lidstaten om te bepalen welke rechterlijke instanties bevoegd zijn en om procedureregels vast te stellen. Hierop zal hieronder verder worden ingegaan. Dit laat onverlet dat het gemeenschapsrecht er niet aan in de

weg staat dat het nationale recht een onderneming die in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, het recht ontzegt schadevergoeding te vorderen van haar contractpartij.<sup>16</sup> Volgens het Hof mag een onderneming niet profiteren van haar eigen onrechtmatig handelen. Voor de beoordeling of een partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging kunnen de economische en de juridische context waarin de contractpartijen zich bevinden, de respectievelijke onderhandelingspositie en het gedrag van beide contractpartijen worden meegewogen.

Waar het Hof in *Courage & Crehan* over schadevergoeding van een contractpartij spreekt, wordt in *Manfredi* de reikwijdte van het recht om schadevergoeding te vorderen wegens schending van de mededingingsregels uitgebreid.<sup>17</sup> Derden, zoals consumenten, die schade hebben geleden – hieronder wordt verstaan reële schade, gederfde winst maar ook rente – kunnen schadevergoeding vorderen. Voorwaarde is dat er een causaal verband bestaat tussen de schade en een door artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) verboden gedraging.<sup>18</sup> In juni 2008 stelde de Commissie namens de Europese Gemeenschap (thans Europese Unie) een vordering tot schadevergoeding in tegen verschillende liftproducenten. Het Hof expliciteerde dat ook de Commissie als vertegenwoordiger van de Gemeenschap schadevergoeding kan vorderen van de door de Gemeenschap geleden schade.<sup>19</sup> De zojuist genoemde uitspraken laten zien dat in de afgelopen dertien jaar de reikwijdte van de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is opgerekt.

#### Causaal verband tussen een kartel en umbrella pricing

In de literatuur bestaat onenigheid over de beantwoording van de vraag of afnemers van kartelbuitenstaanders leden van een kartel aansprakelijk kunnen stellen voor umbrella pricing. Deze discussie wordt ook in de conclusie van A-G Kokott genoemd.<sup>20</sup> In de onderhavige zaak bestrijden de liftproducenten dan ook de relatie tussen de kartelinbreuk en de hoge prijzen gerekend door kartelbuitenstaanders.

Bij de rechter in eerste aanleg, het Handelsgericht Wien, vordert ÖBB de liftproducenten hoofdelijk aansprakelijk te verklaren en hen te veroordelen tot vergoeding van de schade die ÖBB heeft geleden als gevolg van umbrella pricing. Volgens de liftproducenten strekt artikel 101 VWEU niet tot bescherming

tegen schade als gevolg van umbrella pricing. Daarnaast is er geen causaal verband en komt onrechtstreekse schade niet voor vergoeding in aanmerking. De rechter gaat hierin mee en wijst de schadevergoedingsactie af.<sup>21</sup> In appel vernietigt het Oberlandesgericht de beslissing in eerste aanleg voor zover deze betrekking heeft op het relativiteitsvereiste. Volgens deze rechter wordt wel voldaan aan het relativiteitsvereiste. Krachtens artikel 101 VWEU heeft namelijk eenieder het recht om schadevergoeding te vorderen. Wat betreft het causaal verband is de schade niet slechts uit een uitzonderlijke samenloop van omstandigheden ontstaan, maar als gevolg van het kartel veroorzaakt doordat kartelbuitenstaanders de prijzen van hun eigen producten hebben verhoogd. De gestelde schade is daarom objectief te voorzien én ook vermijdbaar. De zaak wordt door de liftproducenten aan het Oberste Gerichtshof voorgelegd. Het Oberste Gerichtshof vraagt zich af onder welke voorwaarden de karteldeelnemers aansprakelijk kunnen worden gesteld.<sup>22</sup> Uit Oostenrijkse rechtspraak volgt dat het aan de eiser is die schadevergoeding op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid vordert, om bewijs te leveren dat er sprake is van een adequaat causaal verband en van onrechtmatigheid. Wat betreft causaliteit wordt die causaliteit naar Oostenrijks recht verbroken door de eigen ondernemingsbeslissingen van de kartelbuitenstaander die vele gronden kan hebben, en dus voor de kartellisten niet te voorzien is.<sup>23</sup>

In onderhavige uitspraak lijkt het Hof meer op één lijn te zitten met het Oberlandesgericht en oordeelt dat, ook al bestaat er geen contractuele band tussen gedupeerde en de kartel deelnemer, er alsnog schadevergoeding kan worden gevorderd. Dat geldt volgens het Hof 'wanneer vaststaat dat dit kartel in de concrete omstandigheden van de zaak en met name gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken markt ertoe kon leiden dat autonoom optredende derden umbrella pricing toepasten en de kartel leden niet onwetend konden zijn van die omstandigheden'.<sup>24</sup> Het is aan de nationale rechter te toetsen of deze voorwaarden zijn vervuld. De voorwaarden die het Hof aan de door umbrella pricing veroorzaakte schadevergoeding stelt zijn dus vrij algemeen en laten veel ruimte open voor interpretatie. De conclusie van de A-G bevat een aantal handvaten voor het vaststellen van een (adequaat) causaal verband tussen een kartel en umbrella pricing. Kokott wijst erop dat van een

rechtstreeks causaal verband mag worden uitgegaan wanneer het kartel mede de oorzaak is geweest van umbrella pricing.<sup>25</sup> Volgens het Oberste Gerichtshof en enkele liftproducenten is umbrella pricing een neven-effect van het kartel. De kartelbuitenstaander bepaalt namelijk vanuit zijn vrije commerciële beslissing het prijsbeleid.<sup>26</sup> Dit verweer stuit af op de omstandigheid dat in de marktconomie ondernemingen nauwelijkt de ontwikkelingen in de markt volgen, waaronder de prijsstelling van concurrenten. Het is daarom voorzienbaar dat kartelbuitenstaanders de verhoging van de productprijzen van de karteldeelneemers meenemen in de totstandkoming van hun eigen prijzen. Vooral op een markt waar de karteldeelneemers gezamenlijk een groot marktaandeel van de relevante markt bezitten en de inbreuk makende gedraging op een significant deel van de markt plaatsvindt. De positie van het kartel op de markt bepaalt in welke mate de tot stand gekomen kartelprijs invloed heeft op het algehele prijsniveau op die markt. Hoe belangrijker de positie van het kartel op de markt, des te kleiner de kans dat de kartelbuitenstaander de marktprijs vanuit een vrije commerciële beslissing kan beïnvloeden. Op een transparante, homogene en stabiele productmarkt wordt een kartelbuitenstaander door het kartel minder geprikkeld om van het algehele prijsniveau af te wijken. Volgens Kokott betekent dit echter niet dat op een minder transparante en homogene markt met producten op maat – zoals liften en roltrappen – als gevolg van een kartel er nooit prijsopdrijvende effecten kunnen optreden. Oplettende marktdeelneemers op zo'n markt zijn op de hoogte van de gangbare marktprijzen en weten doorgaans hoe verschillende aanbieders zich op de markt gedragen.<sup>27</sup>

De uitspraak van het Hof is wat betreft de voorwaarden die het Hof aan umbrella pricing stelt, wat kort door de bocht. In de onderhavige zaak betrof het een kartel op een in Europa sterk geconcentreerde markt, waarbij Kone, Otis, Schindler en Thyssen-Krupp grote belangrijke spelers zijn. In 2003 bedroeg het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de markt voor de verkoop van liften en roltrappen ongeveer 77%. Het resterende marktaandeel was verdeeld over middelgrote en kleine Aziatische en Europese producenten.<sup>28</sup> Daarnaast betrof het een kartel van een homogeen product op een transparante markt met een duur van bijna 25 jaar. Het is goed denkbaar dat dit factoren zijn die ertoe hebben geleid dat kartelbuiten-

staanders als gevolg van het kartel hogere prijzen hebben toegepast. Opmerking verdient wel dat het ene kartel het andere kartel niet is. Hierbij moet worden gedacht aan een zeer dynamische markt met aanbieders van een heterogeen product met vaak nieuwe marktdeelnemers en fluctuerende marktposities. De vraag is of een kartel met deze kenmerken ook ertoe kan leiden dat kartelbuitenstaanders umbrella pricing toepassen en dat de kartelleden niet onwetend zijn van het effect.

#### Verdere beperking van de procedurele autonomie?

Met deze uitspraak beperkt het Hof de vrijheid die de lidstaten genieten bij het opstellen van procedureregels die het recht op schadevergoeding garanderen. Overeenkomstig het subsidiariteitsvereiste genieten lidstaten procedurele autonomie voor de uitvoering van Europees recht, mits zij daarbij de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht nemen, om zo de rechten die aan het Europees recht te ontleen zijn, te waarborgen.<sup>29</sup> Meer concreet betekent dit dat de regels die zien op het waarborgen – dan wel uitvoeren – van deze rechten niet minder gunstig mogen zijn dan nationale regels, en dat zij niet tot gevolg mogen hebben dat het uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk wordt om deze rechten te genieten.<sup>30</sup> In het mededingingsrecht wordt dit zo uitgelegd dat nationale regels niet aan de volle werking van het mededingingsrecht in de weg mogen staan.<sup>31</sup> Dit heeft het Hof ook in deze zaken meerdere malen benadrukt.

Hoewel de regels omtrent schadevergoedingsacties dus in beginsel op nationaal niveau vastgesteld dienen te worden, heeft het Hof met een verwijzing naar het belang van volle werking het schadevergoedingsrecht al meerdere malen besproken. In de uitspraak *Courage & Crehan*, zoals hierboven uitgebreid behandeld, werd het recht op schadevergoeding bij een inbreuk op het mededingingsrecht onmiskenbaar vastgesteld, zelfs indien – zoals toen in het Verenigd Koninkrijk het geval was – er bij een nietige overeenkomst geen recht op schadevergoeding bestaat.<sup>32</sup> Zoals hierboven ook besproken liet het Hof zich in de uitspraak *Manfredi* uit over de reikwijdte van het recht op schadevergoeding (namelijk uit te oefenen door 'eenieder') en de soorten schade die voor vergoeding in aanmerking komen (reële schade inclusief gederfde winst en rente).<sup>33</sup> In de uitspraak *Pfleiderer* oordeelde het Hof dat eisers in een schadevergoedings-

procedure toegang mogen krijgen tot het clementiedossier,<sup>34</sup> en in de zaak *Donau Chemie* werd duidelijk dat deze toegang niet enkel afhankelijk mag zijn van toestemming van partijen.<sup>35</sup> Tot slot expliciteerde het Hof in de zaak *Otis* dat ook de Commissie het recht op schadevergoeding bezit, ook al heeft dat tot gevolg dat zij een dubbelrol (als vertegenwoordiger van de Unie én als klager) moet spelen.<sup>36</sup>

Met deze eerdere uitspraken in het achterhoofd is het niet verwonderlijk dat het Hof ook hier heeft gekozen voor een benadering die een categorische uitsluiting van een type schadevergoeding onverenigbaar acht met het doel dat de mededingingsregels nastreven. Gezien de redenering van het Hof in deze zaken wordt het van groot belang geacht dat er bij schadevergoedingszaken een belangenafweging wordt gemaakt, in plaats van a priori een bepaald standpunt af te wijzen. In de onderhavige zaak geeft het Hof voorrang aan het belang van gedupeerden van umbrella pricing om de mogelijkheid te krijgen hun schade te verhalen, maar niet zonder op te merken dat het aan de nationale rechter is om af te wegen of de schadevergoeding in het concrete geval dient te worden toegekend. Het Hof geeft hiermee duidelijkheid over de categorische uitsluiting van dit type schadevergoeding (die is namelijk niet toegestaan), maar laat in het midden tot hoever de schadevergoedingsplicht strekt. Hoewel het Hof met deze uitspraak ongetwijfeld een nieuwe stap zet in de stroomlijning van nationale schadevergoedingsregels, zal de praktische betekenis van deze uitspraak waarschijnlijk beperkt blijven, aangezien de (zware) bewijslast voor de door het Hof genoemde criteria nog steeds bij de eiser ligt.

#### Verdere ontwikkelingen voor schadevergoedingen in het mededingingsrecht?

Los van deze uitspraak kan het in deze context niet onopgemerkt blijven dat de Commissie een voorstel heeft gedaan voor een richtlijn die de regels omtrent schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken moet harmoniseren.<sup>37</sup> Het richtlijnvoorstel voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens mededingingsinbreuken is in juni 2013 uitgebracht. Het Europees Parlement heeft in april 2014 het voorstel met wijzigingen goedgekeurd en de Commissie heeft toegezegd de amendementen in eerste lezing over te nemen.<sup>38</sup> Met dit voorstel beoogt de Commissie de effectieve handhaving van de mededingingsregels te garanderen door de wisselwerking tussen de publieke

en private handhaving van het mededingingsrecht te optimaliseren. Ook moet de schade die gedupeerden hebben geleden volledig worden vergoed. Het voorstel bevat geen voorschriften omtrent umbrella pricing in het bijzonder, maar codificeert wel de uitgangspunten uit de eerdere jurisprudentie van het Hof.<sup>39</sup>

Zo is er in het voorstel opgenomen dat ieder die schade heeft geleden ten gevolge van mededingingsinbreuken recht heeft op schadevergoeding, ongeacht of er een directe contractuele verhouding met de inbreuk makende onderneming bestaat.<sup>40</sup> De karteldeelneemmers zijn gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade, tenzij er in het kader van een clementieprocedure immuniteit is verleend. In dat geval is de onderneming die immuniteit geniet, enkel aansprakelijk voor de schade berokkend aan haar eigen directe en indirecte afnemers en alleen volledig aansprakelijk indien de gedupeerde geen volledige vergoeding heeft kunnen krijgen van de andere karteldeelneemmers.<sup>41</sup>

Het richtlijnvoorstel voorziet ook in een aantal regels voor wat betreft de doorberekening van prijsverhogingen en schadeclaims van afnemers op verschillende niveaus.<sup>42</sup> De inbreukmaker kan tegen het verweer van schadevergoeding aanvoeren dat de afnemer de schade heeft doorberekend aan zijn eigen klanten (passing-on defence). Het is aan de inbreukmaker om aan te tonen dat de eisers de verhoging van de prijs hebben doorberekend aan hun afnemers en daarom geen daadwerkelijke schade hebben geleden.

Op basis van deze formuleringen kan worden geconcludeerd dat de toekenning van schadevergoeding die door umbrella pricing is veroorzaakt, naar alle waarschijnlijkheid verenigbaar is met de door de Commissie voorgestelde richtlijn.<sup>43</sup> Bovendien wordt er in de voorgestelde richtlijn erkend dat er 'aspecten [zijn] die niet in deze richtlijn worden behandeld',<sup>44</sup> en wordt er evenwel gesproken over andere benadeelde partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers van de inbreuk makende ondernemingen.<sup>45</sup> Door de ruime formulering van het voorstel is de toekenning van vergoeding voor schade veroorzaakt door umbrella pricing niet uitgesloten.

#### Afsluitende opmerkingen

Met deze uitspraak heeft het Hof een belangrijk arrest gewezen over de vraag of kartel-

deelnemers ook aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door hoge prijzen op producten van ondernemingen die niet aan het kartel deelnemen. Aangezien de verschillen in opvatting over deze vraag groot zijn, was een duidelijke beantwoording van deze vraag vanuit het oogpunt van een uniforme en effectieve handhaving van het Europese mededingingsrecht noodzakelijk. Het is niet ondenkbaar dat, indien aan nationaal recht overgelaten, de beantwoording van deze vraag tot verschillende uitkomsten zou leiden. Dat zou forum-shopping tot gevolg kunnen hebben. Zoals op basis van eerdere jurisprudentie te verwachten was, werd een categorische uitsluiting van schadevergoeding ten gevolge van umbrella pricing niet verenigbaar met Unierecht geacht.

Hoewel de uitspraak van het Hof veel ruimte laat voor interpretatie, geeft het Hof door het onderschrijven van de mogelijkheid tot schadevergoeding voor umbrella pricing een boost aan civiele handhaving van het mededingingsrecht. Naast de boetes die worden opgelegd door de Commissie, vormen schadeclaims ingesteld door benadeelden een extra stimulans om de mededingingsregels na te leven. Met deze uitspraak moeten karteldeelneemmers er bedacht op zijn dat naast boetes van de Commissie en schadeclaims van directe en indirecte afnemers zij nu ook door afnemers van kartelbuitenstaanders kunnen worden aangesproken. Behalve dat schadevergoedingsacties een rol spelen bij civiele handhaving, kunnen bedrijven er ook voor kiezen om eventuele schade bij gedupeerden voor afronding van het publiekrechtelijke onderzoek te vergoeden. Een dergelijke schadevergoeding kan namelijk als boete verlagende factor worden meegenomen.<sup>46</sup> Het is de vraag of karteldeelneemmers in geval van schadevergoeding 'uit eigen beweging' (dat wil zeggen, naar aanleiding van een mededingingsrechtelijk onderzoek) ook rekening zullen moeten houden met de afnemers van kartelbuitenstaanders om voor enige boetekorting in aanmerking te komen.

*E.S. Lachnit en K. Nguyen*<sup>47</sup>

#### Voetnoten

- 1 Beschikking van de Commissie 21 februari 2007, zaak COMP/E-1/38.823 – PO/Escalators and Elevators.
- 2 Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07 (*Schindler Holding Ltd e.a./Commissie*); in de gevoegde zaken T-141/07 (*General Technic-Otis Sàrl/Commissie*), T-142/07 (*General Technic Sàrl/Commissie*), T-145/07 (*Otis NV e.a./Commissie*), T-146/07 (*United Technologies Corp./Commissie*); in de gevoegde zaken

- T-144/07 (*ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV/Commissie*), T-147/07 (*ThyssenKrupp Aufzüge GmbH e.a./Commissie*), T-148/07 (*ThyssenKrupp Ascenseurs Luxemburg Sàrl/Commissie*), T-149/07 (*ThyssenKrupp Elevator AG/Commissie*), T-150/07 (*ThyssenKrupp AG/Commissie*) en T-154/07 (*ThyssenKrupp Liften BV/Commissie*), en in T-151/07 (*Kone Oyj e.a./Commissie*).
- 3 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (*Commissie/Otis e.a.*).
  - 4 Persbericht Bundeswettbewerbsbehörde (Austrian Competition Authority), 7 november 2008, 'Aufzugs- und Fahrtrappenkartell: Bestätigung der Geldbuße durch OGH (75,4 mio EUR)'.
  - 5 In Nederland is daar nog Mitsubishi Elevator Europe BV aan toe te voegen, zie de beschikking van de Commissie (noot 1), artikel 1 paragraaf 4.
  - 6 Beslissing Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) 14 december 2007, rolnr. 25 Kt12/07 (in hoedanigheid van Kartellgerecht).
  - 7 Tussenvonnis Handelsgericht Wien (Oostenrijk) 19 september 2011, rolnr. 19 Cg 21/10z-57. In appel wordt deze beslissing echter vernietigd. Beslissing Oberlandesgericht Wien 21 december 2011, rolnr. 1 R 272/11v-65 (in hoedanigheid van appelrechter).
  - 8 'Moet artikel 101 VWEU (artikel 81 EG, artikel 85 EG-Verdrag) aldus worden uitgelegd dat eenieder van karteldeelneemmers vergoeding kan verlangen van de schade die hij heeft geleden als gevolg van de prijsstellingdooreenkartelbuitenstaander, die in het zog van de hogere marktprijs zijn eigen prijzen voor zijn producten meer heeft verhoogd dan hij zonder het kartel zou hebben gedaan ("umbrella pricing"), zodat op grond van het door het Hof (...) geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel een desbetreffende aanspraak in het nationale recht moet worden aanvaard?', HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), r.o. 17.
  - 9 Conclusie A-G J. Kokott 30 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), punt 4.
  - 10 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), r.o. 21.
  - 11 Ibid., r.o. 24 en 25. Hiertoe dienen de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht te worden genomen.
  - 12 Ibid., r.o. 32 en 33.
  - 13 Ibid., r.o. 34. Met name moet er gekeken worden naar de concrete omstandigheden van het geval en de specifieke kenmerken van de markt.
  - 14 Conclusie A-G J. Kokott 30 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), punt 34 ('voldoende rechtstreeks causaal verband'), punt 41-52 en punt 53-82.
  - 15 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*).
  - 16 Ibid., r.o. 31.
  - 17 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 (*Manfredie a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.*).
  - 18 Ibid., r.o. 57-61.
  - 19 HvJ EU 26 november 2012, C-199/11 (*Commissie/Otis e.a.*).
  - 20 Zie voor een overzicht van de verschillende meningen aan deze en gene zijde van de Atlantische Oceaan bijvoorbeeld R.D. Blair & V.G. Maurer, 'Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis', *Utah Law Review* 1982, p. 763; J.M. Lave, 'Umbrella Standing: the tradeoff be-

- tween plaintiff's suit and speculative claims', *Antitrust Bulletin* 48 (2003), p. 223; F.W. Bulst, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden: 2006, p. 255; F.W. Bulst, in: W. Möschel & F. Bien (red.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden: 2010, p. 225 (242 e.v.); G. Meeßen, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts*, Tübingen: 2011, p. 256 e.v.; I. Hartung, 'Umbrella claims: Schadensersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?', *ecolex* 2012, p. 497; H. Beth & C.-M. Pinter, 'Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren', *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2013, p. 228; R. Inderst, F. Maier-Rigaud & U. Schwalbe, 'Umbrella Effects', *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17.
- 21 Verzoek om een prejudiciële beslissing 14 januari 2013 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*).
  - 22 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), r.o. 12.
  - 23 Verzoek om een prejudiciële beslissing 14 januari 2013 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*).
  - 24 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), r.o. 34.
  - 25 Conclusie A-G J. Kokott 30 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), punt 36.
  - 26 Ibid., punt 43.
  - 27 Ibid., punt 43.
  - 28 Beschikking van de Commissie 21 februari 2007, zaak COMP/E-1/38.823 – PO/Escalators and Elevators, punt 43 en 49.
  - 29 Subsidiariteit uit artikel 5 Verdrag van de Europese Unie, eisen uit Hof van Justitie, C-295/04 (*Manfredi*), r.o. 64.
  - 30 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*), r.o. 29. Maar ook wederom: HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 (*Manfredi e.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.*), r.o. 62.
  - 31 Zoals bevestigd werd in, bijvoorbeeld: HvJ EU 7 december 2010, C-439/08 (*VEBIC*), r.o. 57.
  - 32 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*), r.o. 24-26.
  - 33 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 (*Manfredi e.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.*), r.o. 95 en 96.
  - 34 Het is echter aan de nationale rechter om te oordelen, naar nationaal recht, op basis van welke criteria dit mag worden toegestaan. HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09 (*Pfleiderer*), r.o. 32.
  - 35 HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (*Donau Chemie*), r.o. 46-49.
  - 36 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (*Otis*), r.o. 40-44.
  - 37 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013)404 def.
  - 38 Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 17 april 2014 met het oog op de vaststelling van Richtlijn 2014/.../EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie; www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0451+0+DOC+XML+V0//NL. De Commissie heeft op 9 juli 2014 toezeggingen gedaan inzake amendement van het Parlement in de eerste lezing.
  - 39 Zie voor een kritische bespreking van deze richtlijn E.J. Zippro, 'Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2013, afl. 8 (december).
  - 40 COM(2013)404 def., considerans punt 12.
  - 41 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2014 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)), paragraaf 34.
  - 42 Ibid., artikel 13.
  - 43 Conclusie A-G J. Kokott 30 juni 2014, C-557/12 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur*), punt 88.
  - 44 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2014 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie punt 11.
  - 45 Ibid., artikel 11 lid 3 en 5.
  - 46 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, *Stcrt.* 2013, 11214, 24 april 2013, artikel 2.14.
  - 47 Eva Lachnit is als promovenda verbonden aan de Universiteit Utrecht, het Europa Instituut en de RENFORCE onderzoeksgroep. Zij promoveert op het onderwerp Alternatieve Handhaving van Mededingingsrecht. Kim Nguyen is als juridisch medewerker werkzaam bij Maverick Advocaten te Amsterdam.

## 196 Zaak C-129/14 PPU, Zoran Spasic

Arrest van 27 mei 2014 (Grote kamer), n.n.g.; standpuntbepaling van A-G N. Jääskinen van 2 mei 2014

*Art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – ne-bis-in-idem-beginsel – Art. 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO): tenuitvoerleggingsvoorwaarde – Art. 52 lid 1 Handvest: verenigbaarheid tenuitvoerleggingsvoorwaarde met art. 50 Handvest – Art. 54 SUO: begrippen straf die 'is ondergaan' en straf die 'daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd'*

### 1. Feiten en juridisch kader

In 2009 leverde Hongarije de Serviër Zoran Spasic wegens een aantal oplichtingen uit aan Oostenrijk, alwaar Spasic op 26 augustus

2010 tot een vrijheidsstraf werd veroordeeld.

Op 5 maart 2010 vaardigde een Duitse autoriteit een Europees aanhoudingsbevel (EAB) tegen Spasic uit wegens een andere oplichting, namelijk een op 20 maart 2009 te Milaan gepleegde oplichting van een Duitser.

Tijdens zijn detentie in Oostenrijk verzocht Spasic de Italiaanse rechter over te gaan tot de oplegging van een straf voor het op 20 maart 2009 te Milaan begane strafbare feit. Het *Tribunale ordinario di Milano* veroordeelde hem vervolgens op 18 juni 2012 bij verstek tot een vrijheidsstraf van één jaar en een geldboete van € 800. Dit vonnis ging op 7 juli 2012 in kracht van gewijsde. Omdat de vrijheidsstraf minder dan drie jaren bedroeg, schortte het Italiaanse Openbaar Ministerie de tenuitvoerlegging van deze straf op. Naar Italiaans recht kan de gevonniste persoon in zo een geval verzoeken om een vervangende maatregel, maar als zo een verzoek uitblijft, moet het Openbaar Ministerie de opschorting herroepen. Het Openbaar Ministerie herriep de opschorting op 5 januari 2013 en gelaste de gevangenneming van Spasic ter fine van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf en de geldboete.

Nadat de Duitse autoriteiten het nationale aanhoudingsbevel hadden uitgebreid met een ander feit, leverde Oostenrijk Spasic op 6 december 2013 ter tenuitvoerlegging van het EAB over aan Duitsland, waar hij in voorarrest werd genomen. Spasic verweerde zich bij de Duitse rechters tegen het voorarrest met een beroep op de onherroepelijke en voor tenuitvoerlegging vatbare Italiaanse veroordeling. Tijdens de procedures over het voorarrest betaalde Spasic de Italiaanse geldboete. In hoger beroep voerde Spasic bij het *Oberlandesgericht Nürnberg* aan dat art. 54 SUO niet rechtsgeldig de reikwijdte van art. 50 Handvest kan beperken en dat hij in vrijheid moest worden gesteld, omdat hij de geldboete had betaald.

Art. 54 SUO geeft aan een onherroepelijke veroordeling tot een straf of maatregel in de ene overeenkomstsluitende staat alleen *ne-bis-in-idem*-effect in een andere overeenkomstsluitende staat, voor zover de sanctie is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd dan wel naar het recht van de staat van veroordeling niet meer voor tenuitvoerlegging vatbaar is (de tenuitvoerleggingsvoorwaarde). Art. 50 Handvest bevat niet zo een voorwaarde. De *Toelichtingen* bij het Handvest melden dat art. 50 Handvest ook van toepassing is 'in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende